

PENSION DE INVALIDEZ EN LAS FUERZAS MILITARES – Determinación del porcentaje de incapacidad por Junta de Calificación de invalidez. Prelación al dictado en el trámite administrativo

Como la discusión se delimita al porcentaje de la disminución en la capacidad laboral del actor y de la repercusión que este tiene en el tema pensional, según los argumentos de la demanda, en el trascurso del proceso se ordenó remitir al ex soldado Reyes Otero a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, para que calificara su capacidad laboral y finalmente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que le determinó una disminución en su capacidad laboral del 86,50%. Este nuevo porcentaje debe ser tenido en cuenta, contrario a lo expuesto por la parte demandada en su recurso de apelación, pues se ordenó con base en el Decreto 2463 de 2001, el cual si bien dispuso en su artículo 1º que se aplicaría a todos los trabajadores y servidores públicos del territorio nacional de los sectores público y privado, trabajadores independientes afiliados al Sistema de Seguridad Social y pensionados por invalidez, lo cierto es que entre las funciones que le asignó a estas Juntas Calificadoras está la de evaluar las solicitudes de calificación de pérdida de la capacidad laboral requeridas por las autoridades judiciales o administrativas, “evento en el cual, su actuación será como peritos asignados en el proceso” (artículo 3º). Y tal como lo ha dicho esta Corporación, cuando existen conceptos médicos que discrepan en cuanto a la disminución de la capacidad laboral del funcionario (el emitido en el trámite administrativo y el de los peritos designados en el proceso), debe darse prelación al dictamen que emitan los expertos dentro del proceso, dado que puede ser controvertido como medio de prueba, lo que no acontece con las evaluaciones médicas realizadas en los trámites administrativos de reconocimiento de pensión de invalidez. Inclusive, este tipo de dictámenes proferidos en sede judicial tendientes a desvirtuar los realizados en sede administrativa, pueden ser objetados por la entidad demandada, lo cual no ocurrió en este caso.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2463 DE 2001 – ARTICULO 1 / DECRETO 0094 DE 1989 – ARTICULO 90

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, seis (6) de julio de dos mil once (2011)

Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01035-01(0839-08)

Actor: MAURICIO REYES OTERO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 13 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del proceso promovido por MAURICIO REYES OTERO contra la Nación - Ejército Nacional.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la parte actora solicitó al Tribunal declarar la nulidad de la Resolución 00135 del 27 de enero de 1998, expedida por el Subsecretario General del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se le resolvió una petición encaminada a obtener el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales que consolidó por la incapacidad psicofísica absoluta y permanente que adquirió durante el tiempo en que prestó sus servicios como Soldado Voluntario en el Ejército Nacional.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho pidió que se le pague una pensión vitalicia de invalidez en cuantía de 100% de lo devengado mensualmente por un Cabo Segundo o Marinero de las Fuerzas Militares, una indemnización equivalente a 72 meses de sueldo de un Cabo Segundo del Ejército por haberse incapacitado sicofísicamente en forma absoluta y permanente cuando prestaba sus servicios al Ejército Nacional y el suministro oportuno y eficaz de la atención médica, servicios clínicos y hospitalarios que llegare a necesitar, como consecuencia de la invalidez que presenta.

De igual manera solicitó que la pensión reclamada se reconozca desde la fecha en que fue retirado del servicio y que sus mesadas, así como la

indemnización que se pide, sean ajustadas conforme lo prevé el artículo 178 del C.C.A., y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 ibídem.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que fue seleccionado por el servicio de reclutamiento para prestar sus servicios como Soldado Voluntario en el Ejército Nacional, siendo incorporado el 1º de mayo de 1992 en el Batallón de Contraguerrillas N° 5 con sede en Bucaramanga.

Encontrándose en servicio en el sector de Tienda Nueva, municipio de San Vicente de Chucurí, fue víctima de una emboscada por parte de una cuadrilla del frente 12 de las FARC, sufriendo heridas con arma de fuego en su mano izquierda.

Como consecuencia de la lesión descrita, Sanidad Militar del Ejército procedió a definirle su situación psicofísica, para lo cual se le practicó una Junta Médica Laboral que determinó que las lesiones que sufrió ocurrieron en actos del servicio que disminuyeron su capacidad laboral en un 62.54%, cuando lo cierto es que su disminución en la capacidad laboral es del 100%, producto de las lesiones sufridas por un ataque del enemigo.

Destaca que la Junta Médica no consideró ni evaluó el síndrome de complejo de inferioridad que lo afecta para emprender una nueva vida laboral, por la pérdida de funcionabilidad de su brazo izquierdo.

Dice que solicitó al Ministerio de Defensa el reconocimiento de la pensión de invalidez y la indemnización a que tiene derecho por la incapacidad

permanente y absoluta que presenta, pero la misma fue despachada desfavorablemente a través del acto demandado.

Invocó como vulnerados, los artículos 2, 25 y 215 de la Corte Constitucional, 9° del Código Sustantivo del Trabajo, 2° y 3° del Código Contencioso Administrativo, 3° y 4° y concordantes del decreto 2728 de 1968 y 15, 77, 79, 87, 88, 90 y concordantes del decreto 94 de 1989.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de la Resolución demandada en relación con la cuantía reconocida por concepto de bonificación e indemnización, y en lo referente a la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez.

En primer lugar, hizo alusión al dictamen pericial practicado por la Junta Nacional de Calificaciones de Invalidez, en el que se determinó una pérdida de la capacidad laboral del demandante en un 86%, frente a lo cual consideró que dicho porcentaje no era suficiente para reconocerle una pensión de invalidez en los términos del artículo 4° del Decreto 2728 de 1968, pues para ello era necesario que el estado de invalidez fuera de tal magnitud que las lesiones que llevaron a la incapacidad no fuera susceptible de recuperación por medio alguno, según lo establecía la letra d) del artículo 9° del Decreto 1836 de 1979.

Estimó que con base en el dictamen médico aludido, sí había lugar al reajuste de la indemnización reconocida mediante la Resolución 00135 del 27 de enero de 1998, por lo que ordenó su pago por la diferencia existente entre lo cancelado en 1998 y el nuevo índice de lesión.

Finalmente, estudió la viabilidad de la pensión de invalidez a la luz del artículo 90 del Decreto 0094 de 1989, concluyendo que había lugar a su reconocimiento por cuanto la incapacidad del actor, según el dictamen pericial, implicaba una pérdida de su capacidad laboral del 86.50%, y como los artículos 3 y 4 del Decreto 2728 de 1968 consagraban en forma acumulativa y no excluyente la pensión de invalidez y la indemnización, ordenó el reconocimiento y pago de dicha prestación, en cuantía del 75% del sueldo básico de un cabo segundo, a partir del 28 de marzo de 2006.

LA APELACIÓN

La decisión de instancia fue apelada por las partes.

La entidad demandada insistió en que el porcentaje en la disminución de la capacidad laboral del actor era inferior a la establecida en los Decretos 094 de 1989 y 1796 de 2000, para obtener el derecho a una pensión de invalidez.

Advirtió que las normas referenciadas estipulan que la capacidad psicofísica de los miembros de la fuerza pública debe ser valorada por parte de las autoridades médico laborales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, entre las cuales no se encuentra la Junta de Calificación de Invalidez, quien no tiene competencia para tal menester, a voces del artículo 1 del Decreto 2463 de 2001, luego no es procedente tener como prueba el dictamen pericial practicado en primera instancia para efectos del reconocimiento pensional solicitado, ni para el consecuente reajuste de la indemnización.

Aclaró que una vez se realizó la valoración respectiva por las autoridades médicas competentes, se profirió el acta médica 3571 de 1996, que

determinó una disminución de la capacidad laboral del demandante en porcentaje del 62.54% y por ende se procedió a emitir el correspondiente acto administrativo de reconocimiento de prestaciones sociales que se demanda. Dijo que este acto debió ser demandado en su oportunidad, por lo que no es viable ahora que mediante una petición se pretendan revivir términos y provocar ante la administración la configuración de un silencio administrativo negativo.

Por su parte, **el demandante** manifiesta su inconformidad frente a la decisión del Tribunal, sólo en lo que respecta a la fecha desde la cual se ordenó pagar la pensión de invalidez, pues, en su sentir, debe ser desde el momento en que se presentó el accidente o la enfermedad y no a partir de la fecha en que se efectuó la valoración médica por parte de la Junta Regional de Calificaciones.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, solicita que se confirme la sentencia apelada, por cuanto la incapacidad final dictaminada pericialmente al interior del proceso es superior al 75% que consagra el Decreto 094 de 1989, por lo que es viable reconocer la pensión de invalidez en los términos de la citada disposición, así como también el reconocimiento y pago de las diferencias a que haya lugar por concepto de indemnización.

Lo anterior, por cuanto para la época de los hechos materia de la litis - 1° de febrero de 1995- se encontraba vigente el Decreto 094 de 1989 que exigía un porcentaje del 75% en la disminución en la capacidad psicofísica del soldado y como quiera que la Junta Regional de Invalidez dictaminó un porcentaje del 86.50% de disminución de la capacidad laboral del actor, este era merecedor de la pensión de invalidez como quiera que su situación encuadraba dentro de los supuestos contenidos en el artículo 90 ibídem. Dijo que al tenerse en cuenta el dictamen pericial

realizado por la Junta Regional de Santander para reconocer la pensión, la misma debe tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento de las diferencias por concepto de indemnización, por lo que también pidió que se confirmara la sentencia apelada, en cuanto ordenó su reajuste.

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer si el señor Mauricio Reyes Otero tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez por las lesiones sufridas mientras prestaba sus servicios como soldado al Ejército Nacional y al reajuste de la indemnización pagada por la incapacidad relativa y permanente que le fue dictaminada y que lo declaró no apto para actividades militares.

Se encuentra demostrado en el plenario lo siguiente:

El actor fue incorporado el 1° de mayo de 1992 al Batallón de Contraguerrilla N° 5 "Los Guanes" de la Quinta Brigada con sede en la ciudad de Bucaramanga, según su relato en el escrito introductorio obrante a folio 36 del expediente, afirmación que no fue desvirtuada por la entidad accionada.

El 1° de febrero de 1995, encontrándose en servicio en el municipio de San Vicente de Chucurí, resultó herido en la mano izquierda con arma de fuego por un ataque de grupos subversivos.

Según el Informativo Administrativo por Lesiones, rendido por el comandante del Batallón de Contraguerrillas N° 5 "Los Guanes" el 1° de abril de

1995, las heridas ocasionadas al soldado ocurrieron en servicio y como consecuencia de la acción del enemigo. (fl. 32)

Por Acta de Junta Médica Laboral N° 3571 del 21 de noviembre de 1996 (fl.106) se concluyó que el demandante tenía una herida por arma de fuego en mano izquierda con fractura del segundo metacarpiano que requería manejo quirúrgico, dejando como secuela pérdida funcional de la mano comprometida, atrofia muscular del antebrazo izquierdo y limitación de flexión en el puño izquierdo, que le determinaron una Incapacidad Relativa y Permanente y por tanto no APTO para el servicio militar.

El 12 de marzo de 1997, el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía, mediante el Acta No. 1288, decidió ratificar en todas sus partes las conclusiones del Acta Médica de la Junta Médica No. 3571 del 21 de noviembre de 1996 (fl. 109-110).

El 27 de enero de 1998, el Subsecretario General del Ministerio de Defensa Nacional expidió el acto acusado que reconoció y pagó al actor una indemnización equivalente a once millones trescientos sesenta y siete mil setecientos treinta y dos pesos (\$11.367.732) por la disminución de su capacidad laboral en el porcentaje descrito en las actas médicas antes referenciadas, es decir el 62.54% y declaró que no había lugar al reconocimiento de una pensión de invalidez por no cumplir con los presupuestos consagrados en el artículo 90 del Decreto 094 de 1989 (fl. 3-4).

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal en auto de 2 de septiembre de 2003, rindió dictamen el 31 de marzo de 2004 calificando la invalidez en proporción del

62.54% (fl. 132 vto). El anterior dictamen fue objetado por la parte demandante, por error grave (fl. 135), y en sede de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se le determinó una pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje del 86,50% (fl. 145-146).

Hecho el anterior recuento, y para abordar el problema jurídico planteado, es necesario precisar que la indemnización que se le concedió al actor a través de la resolución acusada tuvo como fundamento el Decreto 2728 de 1968, por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de la Fuerzas Militares, el cual en su artículo 3 prevé el reconocimiento y pago de una indemnización a servidores que sean desacuartelados por incapacidad relativa y permanente, en los siguientes términos:

“Artículo 3. El soldado o grumete de la Fuerzas Militares que sea desacuartelado por incapacidad relativa y permanente, tendrá derecho a que por el Tesoro Público se le pague por una sola vez, una indemnización que fluctuará entre uno (1) y treinta y seis (36) meses del sueldo básico que corresponda a un Cabo Segundo o Marinero, según el índice de lesión que fije Sanidad Militar. (...)”.

El artículo 2 del citado Decreto estableció que para efectos de determinar, clasificar y evaluar las aptitudes, incapacidades, invalideces e indemnización, los soldados y grumetes quedan sometidos al “Reglamento General de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones para el personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

Para la época de los hechos se encontraba vigente el Decreto 0094 de 1989, por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y del Ejército Nacional, soldados, grumetes,

agentes, alumnos de las Escuelas de Formación y Personal Civil del Ministerio de Defensa y Ejército Nacional, que en su artículo 90 preceptuaba:

“PENSION DE INVALIDEZ DEL PERSONAL DE SOLDADOS Y GRUMETES. A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares adquiriera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad sicofísica tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada así:
a) El 75% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica del 75% y no alcance al 95%.
b) El 100% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%.”.

Según los resultados contenidos en las Actas de Junta Médica Laboral y de Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía, el grado de disminución de la capacidad laboral del actor era del 62.54%, porcentaje que, según lo prescrito en la normativa referenciada, no daba lugar a la pensión de invalidez; por ello, la resolución demandada reconoció la indemnización por incapacidad relativa y permanente de que trata el artículo 3º del Decreto 2728 de 1968.

Ahora, como la discusión se delimita al porcentaje de la disminución en la capacidad laboral del actor y de la repercusión que este tiene en el tema pensional, según los argumentos de la demanda, en el trascurso del proceso se ordenó remitir al ex soldado Reyes Otero a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, para que calificara su capacidad laboral (fl. 126) y finalmente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que le determinó una disminución en su capacidad laboral del 86,50% (fl. 145).

Este nuevo porcentaje debe ser tenido en cuenta, contrario a lo expuesto por la parte demandada en su recurso de apelación, pues se ordenó con base en el Decreto 2463 de 2001¹, el cual si bien dispuso en su artículo 1º que se aplicaría a todos los trabajadores y servidores públicos del territorio nacional de los sectores público y privado, trabajadores independientes afiliados al Sistema de Seguridad Social y pensionados por invalidez, lo cierto es que entre las funciones que le asignó a estas Juntas Calificadoras está la de evaluar las solicitudes de calificación de pérdida de la capacidad laboral requeridas por las autoridades judiciales o administrativas, “evento en el cual, su actuación **será como peritos** asignados en el proceso” (artículo 3º).

Y tal como lo ha dicho esta Corporación, cuando existen conceptos médicos que discrepan en cuanto a la disminución de la capacidad laboral del funcionario (el emitido en el trámite administrativo y el de los peritos designados en el proceso), debe darse prelación al dictamen que emitan los expertos dentro del proceso, dado que puede ser controvertido como medio de prueba, lo que no acontece con las evaluaciones médicas realizadas en los trámites administrativos de reconocimiento de pensión de invalidez².

Inclusive, este tipo de dictámenes proferidos en sede judicial tendientes a desvirtuar los realizados en sede administrativa, pueden ser objetados por la entidad demandada, lo cual no ocurrió en este caso.

El objeto de la presente acción era demostrar que al momento del retiro el actor tenía un porcentaje de incapacidad mayor que el señalado por el servicio médico de la entidad, lo cual le daría derecho a una pensión por invalidez;

¹ “por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez”

² Ver entre otras las sentencias del 17 de septiembre de 1990 Exp. 3778, 19 de agosto de 1999 Exp. 14309 y 10 de diciembre de 1998 Exp. 13774.

así entonces, habiéndose desvirtuado el dictamen médico de la entidad con fundamento en el cual se negó el derecho, fuerza concluir que procede su reconocimiento desde el momento en que operó el retiro. No tiene sentido acceder a la pretensión sólo desde cuando se llevó a cabo el dictamen de la Junta Regional de Calificación, pues con este se logró demostrar que el porcentaje de incapacidad daba derecho al reconocimiento pensional.

En ese orden, y conforme al dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se tiene que el actor cumple con los requisitos establecidos en el artículo 90 del Decreto 094 de 1989 para acceder a la pensión de invalidez en los términos de la letra a), desde la fecha en que ocurrió el retiro del servicio, pues es lógico, en atención a la interpretación de las normas que gobiernan lo relacionado con la pensión de invalidez, que sea la fecha del retiro, como consecuencia de la incapacidad, la que deba tomarse como base para efectuar el reconocimiento, teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral –CPL- fue el 1º de febrero de 1995 (fl. 145 y 146).

Así las cosas, la Sala procederá a ordenar el pago de la pensión de invalidez del actor en cuantía del 75% del sueldo básico de un Cabo Superior a partir de la fecha del retiro del servicio, para lo cual modificará el numeral 2º de la sentencia objeto de apelación y revocará el numeral tercero que ordenó reajustar la indemnización.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **CONFÍRMASE** la sentencia del trece (13) de julio de dos mil siete (2007), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del proceso de la referencia.

2. **MODIFÍCASE** el numeral SEGUNDO en el sentido de precisar que la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, reconocerá y pagará al señor MAURICIO REYES OTERO una pensión de invalidez a partir del 1° de diciembre de 1996, fecha en que fue retirado del servicio, en cuantía del 75% del sueldo básico de un Cabo Segundo, en los términos del artículo 90 letra a) del Decreto 094 de 1989.

3. **REVÓCASE** el numeral TERCERO.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO